



ABOGACIA
Seminario Final
Modelo de Caso – Medio Ambiente

Fallo “Fiscalía de Estado de la Provincia de Neuquén
c/ Municipalidad de Vista Alegre”:

¿Una pugna de intereses políticos por sobre derechos constitucionalmente reconocidos?

Alumno: Mercado, Ariel

DNI: 32.215.247

Legajo: VABG80523

Tutor: Baena, César Daniel

FECHA DE ENTREGA: 22/11/2020

Modelo de caso (nota a fallo) - Medio ambiente

Suprema Corte de Justicia de Neuquén, (2017). "Fiscalía de Estado de la Provincia de Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad" - Exp. 6840.

SUMARIO: I. Introducción. II. Descripción de la premisa fáctica, historia procesal y resolución del Tribunal. III. Análisis de la *ratio decidendi*. IV. Marco conceptual y postura personal. A) El medio ambiente y la problemática de laguna axiológica. B) Mi voto personal. V. Conclusiones. VI. Referencias. A) Legislación. B) Doctrina. C) Jurisprudencia. VII. Anexo sentencia analizada.

I. introducción

El territorio de la Provincia de Neuquén, resulta ser una superficie de geográfica tradicionalmente dedicada a la actividad hidrocarburífera. En este contexto, el fallo perteneciente a la Suprema Corte de Justicia de Neuquén, (2017) *in re* "Fiscalía de Estado de la Provincia de Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad" constituye un clásico ejemplo de como las cuestiones ambientales de algún modo se confrontan con una actividad tradicionalmente reconocida por sus consecuencias nefastas respecto de los recursos naturales en los cuales se sustenta para su desarrollo.

Desde esta perspectiva, Sánchez (2005) sostiene que el posible reconocimiento en cuanto al impacto ambiental de las actividades relacionadas con hidrocarburos y minería, radica en la complejidad respecto de la aceptación de un grado de responsabilidad estatal, intrínsecamente ligada a complejos productivos que involucran mercados transnacionales. En relación a ello, la contienda judicial que se hace presente se desarrolla en el marco de una acción de inconstitucionalidad respecto de la Ordenanza Municipal de Vista Alegre N° 783/16, catalogada de haber sido dictada en exceso del ejercicio de las facultades que la Constitución Provincial Neuquina reconoce a sus Municipios, al intentar reglamentar el aprovechamiento de fuentes energéticas.

Claro está, que los entes se han vuelto cada día más conscientes del “impacto causado por las actividades por ellos desarrolladas: productoras o prestadoras de servicios, sobre el medioambiente y la protección medioambiental no pasa a ser un dilema frente al desarrollo, sino un elemento a considerar” (Pahlen & Campo, 2008, pág. 79) y que la gravedad de esta acusación, responde subjetivamente a la imperiosa necesidad de preservar el medio ambiente entendido como “un conjunto de elementos naturales, artificiales o creador por el hombre, físicos, químicos, y biológicos, que posibilitan la existencia, transformación y desarrollo de organismos vivos” (Sabsay & Onaindia, 2000, p. 1).

Por otro lado corresponde destacar que, presente en las páginas de esta sentencia, acontece una problemática de laguna axiológica; la misma se suscita por la contradicción que surge respecto de una regla de derecho con algún principio superior del sistema. Según Alchourrón y Bulygin (2012), esta laguna se presenta cuando a consideración del intérprete, las condiciones relevantes establecidas por el legislador resultan insuficientes y con ello aparece la necesidad de tomar en consideración otras condiciones relevantes (como por ejemplo el estado de salud) que permita llegar a una solución viable para el caso.

Según Monge, ello se relaciona con dos cuestiones. En primer lugar, “con que en cada caso no hay un solo valor jurídico en juego, sino más bien un conjunto de ellos que pugnan por su vigencia” y en segundo término con que “es muy difícil realizar todos los valores jurídicos al mismo tiempo y en forma equilibrada” (Monge, 2012, pág. 134)

En la causa, esto se configura ante el hecho de que la parte actora esgrime que las disposiciones reguladas por la Ordenanza n° 783/16 del Municipio de Vista Alegre Sur, de la Provincia de Neuquén, ha sido dictada vulnerando los preceptos de la Constitución Provincial, al avasallar las facultades provinciales en un desmesurado intento por reglamentar el aprovechamiento de fuentes energéticas.

Cabe destacar, que concretamente el artículo 92 de la normativa provincial dispone que corresponde al Estado Provincial lo atinente al dictado de normas ambientales complementarias de las nacionales, y a su vez, de modo particular, el art. 189 inc. 29, refiere a la potestad provincial en cuanto al dictado de leyes que incumben al fomento económico, navegación interior, minería, protección ambiental y energía, entre otros.

Estos hechos, como más adelante podrá apreciarse con detenimiento, darán lugar a un interesante análisis llevado a cabo desde un estudio legislativo, jurisprudencial y doctrinario destinado al entendimiento de las particularidades que atañen al estudio del derecho ambiental, y en particular a la ponderación por parte de jueces de normas que se expiden concretamente respecto de cuestiones ambientales, involucrando como en este caso, complejas cuestiones jurisdiccionales que versar en cuanto a deslinde de competencias.

II. Descripción de la premisa fáctica, historia procesal, y resolución del tribunal

El Sr. Fiscal de Estado de la Provincia del Neuquén promovió acción de inconstitucionalidad contra la Ordenanza N° 783/16, dictada por la Municipalidad de Vista Alegre, tras considerar que la misma vulneraba los arts. 8, 16, 24, 90/93, 95/99, 189 inc. 29 y 271 de la Constitución Provincial que considera vulnerados. Su argumento giró en torno a que la norma dictada constituía un exceso del ejercicio de las facultades que la Constitución Provincial reconocía a los Municipios, en especial, al intentar reglamentar el aprovechamiento de las fuentes de energía.

En su demanda, la actora consideró que la referida ordenanza daba por sentado que el método de extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica –o no convencional- era una actividad peligrosa para individuos y comunidades. A su vez esgrimió que conforme los artículos 24, 95, 96, 97, 98 y 99 de la Címera local, todo lo concerniente al dominio y regulación de todos los aspectos relacionado con los recursos naturales pertenecientes al territorio provincial –entre los cuales se encontraban los hidrocarburos- eran de competencia exclusiva de la Provincia del Neuquén, no estando en consecuencia prevista la posibilidad de que los municipios legislaran sobre este tópico.

A su vez, cataloga a la cuestionada norma de afectar el derecho de propiedad, tras impedir disponer de su dominio exclusivo, y a continuación desarrolla su argumentación desde el eje ambiental, para lo cual refiere al federalismo y donde explica que la Ordenanza atacada pretendía prohibir la utilización de la técnica de fractura hidráulica o fracking en la exploración o explotación de los yacimientos hidrocarburíferos por los posibles impactos ambientales que se producirían, evidenciando que el municipio creía que tenía injerencia exclusiva en materia ambiental dentro de su territorio.

En apoyo de su postura cita el precedente de un fallo del Tribunal Superior de Río Negro, recaído en una causa análoga suscitada entre la Municipalidad de Allen y la Provincia, donde se resolvió la inconstitucionalidad de la Ordenanza Nro. 046/2013 que disponía la prohibición de utilización del método de fractura hidráulica o fracking y/o estimulación hidráulica en el ejido municipal, por ausencia de competencia.

En el marco de esta acción, solicitaría entonces el dictado de una medida precautelar, y hasta tanto se resuelva la cautelar de suspensión de la vigencia de la Ordenanza atacada, la que también peticiona; tras lo cual ofrece prueba, y formula su petitorio.

En congruencia con ello, la justicia resolvió en favor de decretar en forma precautelar la suspensión de la vigencia de la Ordenanza Nro. 783/16 hasta tanto se sustanciara la cautela peticionada.

Posteriormente, corrido el pertinente traslado y previo dictamen Fiscal se confirma, con carácter cautelar, la suspensión dispuesta anteriormente, declarándose la admisión formal de la acción.

Corrido el pertinente traslado de la acción intentada, la Municipalidad contesta la demanda mediante la formulación de una serie de negativas de rigor, y defendiendo la legalidad de la Ordenanza Municipal; donde a su vez afirmó que la normativa fue dictada dentro de la competencia y facultades otorgadas por la Carta Magna a la comuna, y que estuvo motivada en la inquietud evidenciada por los vecinos de la localidad respecto de los eventuales daños ambientales que podían generarse como consecuencia de la explotación de los yacimientos no convencionales mediante la técnica de la fractura hidráulica y basándose en estudios ambientales.

A su vez, la misma indicaría que es deber de los ediles propiciar un desarrollo sustentable en pos de las generaciones venideras, y ello motivó el dictado de la normativa, votada por unanimidad con la finalidad de evitar daños ambientales irreparables a futuro.

Tras ello, llegaría de modo contundente el dictamen Fiscal, el que propiciaba hacer lugar a la demanda declarando la inconstitucionalidad de la Ordenanza 783/16; con lo cual, finalmente llegaría el dictado de la sentencia bajo estudio, que resultó ser por unanimidad, y en la que se resolvió declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 783/16; llevando la firma de los magistrados Dr. Alfredo Elosú Larumbe, Presidente; Dr. Oscar E. Masei; Dr. Evaldo Dario Moya; Dra. Maria Soledad Gennari y Dra. Luisa A. Bermudez, Secretaria.

III. Análisis de la *ratio decidendi*

Los magistrados consideraron que de la lectura de los escritos constitutivos de la *litis* surgía que, la cuestión planteada se circunscribía a determinar el alcance de las competencias que en materia ambiental que tenían los municipios, en cuanto a la exploración y explotación de hidrocarburos dentro del ejido urbano; lo cual, indirectamente vendría a poner fin a la ponderación de los dos elementos envueltos en la problemática axiológica esgrimida al inicio.

En este sentido, el Sr. Fiscal de Estado estimó que la Ordenanza 783/16 había sido dictada en un claro exceso de las competencias que la Constitución Provincial y su postura se apoyaba, principalmente, en que la Carta Magna Provincial reconocía exclusividad en la regulación de la temática a la Provincia, excluyendo en consecuencia a las Comunas.

Del juego armónico de los artículos bajo estudio, se desprendía además, que el espíritu del constituyente había sido en pos de la participación de los municipios en la gestión ambiental, a través de su integración en la política de cuidado del ambiente, poniendo en consecuencia a su disposición mecanismos de coordinación y concertación para facilitar el trabajo conjunto sobre el tópico.

A su vez, y desde la perspectiva del cumplimiento de la cláusula ambiental de la Constitución Nacional, el Congreso Nacional había sancionado la Ley General del Ambiente (L. 25.675) estableciendo los presupuestos mínimos de protección, mientras que la Provincia del Neuquén había dictado la Ley 1875 estableciendo los principios rectores para la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente en todo el territorio.

A partir de ello, se lograba inferir que el diseño constitucional de las competencias ambientales se inscribía claramente en un federalismo de concertación, que constituía materia común a todos los órdenes de gobierno y a la vez necesitaba de una política conjunta para poder llevarse a cabo en forma efectiva, tal y como lo postulaba el artículo 41 de la Constitución Nacional, previendo la gestión conjunta del ambiente, otorgando a la Nación la facultad de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y reservando a las provincias el dictado de las normas necesarias para complementarlas, señalando expresamente que las normas nacionales no debían alterar las jurisdicciones locales.

Por su parte, el constituyente neuquino había adoptado una fórmula similar en su artículo 92 por el cual disponía que correspondía a la Provincia el dictado de normas ambientales complementarias de las nacionales y de protección ambiental, de aplicación a todo su territorio, pudiendo los municipios dictar normas pertinentes de acuerdo a sus competencias.

Con lo cual, si bien el ejercicio amplio de la competencia legislativa ambiental por parte de la Provincia no excluía de plano la posibilidad de que las comunas regulasen algunos aspectos de la materia siempre que fueran en el ámbito de sus competencias (art.

92 C.P.), debía procurarse la concertación de las políticas como forma de estructurar las soluciones a problemas comunes.

Desde esta perspectiva, los magistrados argumentaron que estos aspectos ambientales, que eran pasibles de ser regulados por las comunas, debían de relacionarse con aspectos sustanciales de la materia que hacían a la preservación, prevención, protección y conservación del ambiente, pero siempre formuladas en un espacio de diálogo y acuerdos conjuntos que fortalezcan la relación provincia municipio en procura de una mejor y más amplia tutela del ambiente.

En igual línea se inscribió el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, (2002) in re “Copetro S.A. c/ Municipalidad de Ensenada” al expresar que: “Ahora las provincias pueden complementarla como, asimismo, según hemos visto los municipios y aun aumentar las condiciones impuestas por la Nación pero nunca deben ser menores ni oponerse a ellos”.

Desde esta perspectiva, entonces, la Ordenanza 783/16 se inscribía en un sentido contrario a la propuesta de concertación de políticas comunes, aun cuando se fundamentara en el principio de prevención.

Ya que si la Provincia del Neuquén había regulado exhaustivamente los aspectos ambientales que conllevaba la práctica de la fractura hidráulica o estimulación hidráulica para la extracción y exploración de yacimientos no convencionales en el territorio provincial, aparecía como contradictorio la prohibición de utilización de tal técnica en el ejido de la comuna demandada, sin que ello formara parte de una decisión concertada con la Provincia; haciendo finalmente referencia a que:

A esta interpretación restrictiva de validez de las normativas dictadas fuera del marco de la concertación cabe sumarle que, en el caso, aun cuando la fundamentación de la prohibición se apoya en principios ambientales confluyen en ella aspectos de la actividad hidrocarburífera cuya regulación en principio corresponde a la Provincia, siendo una materia per se excluida de la jurisdicción comunal (art. 124 C.N., arts. 95, 96, 97, 98 y 99 de la C.P., Ley 26.197, entre otras).

Todas estas consideraciones confluyeron entonces en decidir respecto a la inconstitucionalidad de la Ordenanza 783/16, por vulnerar las expresas formulaciones previstas en los artículos 92 y 189 inc. 29 de la Constitución Provincial, escapando a las competencias reconocidas a las comunas en la gestión y protección del ambiente.

Ello no debía de entenderse como un vaciamiento de las facultades regulatorias que en materia ambiental que tenían las comunas, sino que simplemente se estaba tratando de resaltar que la búsqueda de soluciones a los problemas ambientales no podía realizarse mediante la oposición o confrontación normativa, sino a través del diálogo y el acuerdo de políticas conjuntas que atiendan las necesidades e intereses comunes a la ciudadanía.

IV. Marco conceptual y postura personal

A) El medio ambiente y la problemática de laguna axiológica

El medio ambiente, como eje central del presente análisis, ha sido definido por la doctrina como un sistema de valores, fenómenos y procesos, que tienen ocurrencia en un determinado momento de la historia, y que a su vez se encuentran condicionados como fruto de la interacción que se produce entre la sociedad y el marco natural, y donde además el hombre cumple un rol fundamental al hacer uso de los recursos disponibles e intercambiar relaciones con los demás seres vivos (López Alfonsín, 2009).

En la misma línea argumental, Cafferatta (2016) ha afirmado que el concepto de medio ambiente es un conjunto de elementos que incluyen no solo a la problemática ecológica, sino también a la racionalidad en el uso de sus recursos naturales, y que en consecuencia se trata de preservarlo y mantenerlo para las generaciones futuras. Mientras por otro lado a este elemento se lo ha identificado también como un bien jurídico garantiza a las personas la posibilidad de desarrollarse en un ambiente adecuado permitiendo la satisfacción de necesidades básicas e indispensable para la vida humana (García, 2018).

En el plano legislativo, el ambiente como bien jurídicamente tutelado se encuentra reconocido desde la reforma constitucional del año 1994, en la cual se reconoció por primera vez, el derecho a gozar de un ambiente sano, como así también la correspondiente obligación de preservarlo (art. 41, Constitución Nacional).

En relación a lo así dispuesto, Esain, expresaría además la importancia en la delimitación del concepto del término ambiente, dada su relevancia a los fines de determinar cuáles son los bienes colectivos jurídicamente tutelados bajo la dispensa del Art. 41 de la Constitución Nacional (Esain, 2010).

A partir de ello, el enfoque del Derecho Ambiental comenzaría a adquirir nuevos tintes y visiones, invitando en consecuencia a grandes y reconocidos autores a fomentar el cumplimiento de los preceptos ambientales en búsqueda de un pleno desarrollo de lo

que ha sido reconocido como un Nuevo Paradigma Ambiental; entendido por Novo Villaverde como un espacio abierto a nuevos valores, visiones científicas y modelos económicos-sociales que se abren camino a formas modernas de la relación Humanidad-Naturales que posean la capacidad de constituirse en alternativas viables a mediano y largo plazo (Novo Villaverde, 2003).

Es evidente además, que los problemas ambientales no son tema desconocido en el sistema nacional, sino que coexisten con la sociedad desde hace ya largo tiempo, pero sería recién en el Siglo XX, cuando la gravedad de estos problemas ambientales tomaría tal envergadura que repercutiría profundamente en la conciencia de las personas; desde entonces, esta situación emergería y se haría notable hasta llegar a ser una problemática subsumida por una sociedad que pretende la sustentabilidad de sus recursos naturales (Arcocha, 2007).

Por su parte, todos los elementos que se ven conjugados en un marco jurídico, conducen muchas veces a la generación de conflictos como el que se ha descrito al inicio: una *laguna axiológica*. Al respecto, Estrada Vélez explica que el uso de los valores como criterios para la determinación de la validez de normas jurídicas, representa una superposición de la moral sobre el derecho; y además, que cuando se asume un lenguaje moral expresado a través del texto de normas positivas -valores jurídicos-, estimados en virtud de esa consagración como normas jurídicas, se evidencia una estimativa jurídica que llega a considerar los valores como normas jurídicas por la sola consagración en textos positivos y es así como se aproxima más a un formalismo jurídico que a una teoría del derecho.

Desde este punto de vista, continua el autor, será la positivización o enunciación textual de una norma lo que determine la naturaleza del enunciado; de este modo, los valores pasan a ser objeto de estudio de análisis en búsqueda de <<el deber ser>> (Estrada Vélez, 2011).

Es así como el Juez llega al punto de

(...) seleccionar la norma jurídica aplicable al caso en base a los respectivos méritos axiológicos de las normas que compiten por ser aplicadas en el caso, y de la misma manera selecciona el Juez el método interpretativo que habrá de aplicar en el conocimiento y la decisión del caso. (Cueto Rúa, 1998, pág. 112)

En relación a ello, Alexy ha argumentado que, lo que impedía un uso arbitrario de principios era la posibilidad de ordenarlos, o sea valorarlos, lo cual se podía conseguir sistematizando un orden de prioridad de estos, que sirva oportunamente a futuras resoluciones de nuevos casos, ya que como era sabido, “las condiciones bajo las que un principio prevalece sobre otro forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevalente” (Alexy, 1993, pág. 244).

A modo de ejemplo, y desde la perspectiva de lo que constituyen ejemplos de este tipo de problemáticas, se encuentra la causa “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/acción” (2019), donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha debido ponderar el derecho de todo ciudadano a ejercer una actividad lícita y el derecho a gozar de un ambiente sano, impuesto por la Norma Fundamental y sustentado por la Ley General del Ambiente.

En esta causa, los magistrados reafirmaron que cuando se presentan conflictos en los que se ponen en juego derechos de incidencia colectiva tendientes a la protección del ambiente, ello no puede ser atendido como una mera colisión de derechos subjetivos; dado que la caracterización del ambiente como un bien colectivo y comunitario, lleva a que no solo deba atenderse a las pretensiones de las partes, sino que se exige de la justicia una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica; y ante ello, la solución tampoco puede simplemente limitarse a resolver el pasado, sino que fundamentalmente debe ser tendiente a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, con total previsión de las consecuencias que de ella se derivan. (CSJN, (2019). "Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad").

Por último, y en concordancia con lo hasta aquí analizado, se rescata lo argumentado por Nonna al determinar que

Para el caso que existan normas locales menos restrictivas que una ley de presupuestos mínimos, aquéllas deberán adecuarse a ésta. Como así también que respecto de las normas locales vigentes y preexistentes a las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, aquéllas mantendrán su vigencia en la medida que no se opongan a éstas ni resulten menos exigentes. (Nonna, 2017, pág. 51).

B) Mi voto personal

Formulando un breve repaso por esta causa, se llega al entendimiento de que la misma fue originada mediante una demanda incoada de manos del Sr. Fiscal de Estado de la Provincia del Neuquén, quien promovió acción de inconstitucionalidad contra la Ordenanza N° 783/16, dictada por la Municipalidad de Vista Alegre, tras considerarla un acto en discordancia con lo normado por la Constitución Provincial Neuquina.

A esta conclusión arribaría la actora luego de explicar que la misma había sido dictada en exceso del ejercicio de las facultades que la Constitución Provincial reconocía a los Municipios, en especial, al intentar reglamentar el aprovechamiento de las fuentes de energía.

Se parte entonces de asimilar que los magistrados que tuvieron a cargo el presente proceso afectado por la referida problemática de laguna axiológica, la Ordenanza 783/16 había sido dictada en exceso de las competencias conferidas. Esto era así dado que este actuar era facultad Provincial y no Comunal.

Estos entes entonces tienen vedado legislar en materia ambiental, por propio imperio de la Norma Constitucional. Ahora bien, si se toma en cuenta el mandato del artículo 41 de la Norma Fundamental en conjunto con la Ley 25.675, se está en condiciones de afirmar que lo pretendido por la norma, es evitar el avasallamiento de las competencias exclusivas, lo cual no debe entenderse como una prohibición de completar las normas ambientales entendidas siempre desde el principio de progresividad (art. 4°).

La sentencia producida por la Corte suprema en autos “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/acción” (2019), es entonces un ejemplo del tratamiento efectuado por la justicia cuando se presentan conflictos en los que se ponen en juego derechos de incidencia colectiva tendientes a la protección del ambiente.

No debemos desentendernos de que la doctrina ha manifestado que las normas han de mantener su vigencia en la medida que no se opongan a otras ni resulten menos exigentes (Nonna, 2017). Tampoco debemos olvidar que si bien el ejercicio amplio de la competencia legislativa ambiental por parte de la Provincia, debía procurarse la concertación de las políticas locales como forma de estructurar las soluciones a problemas comunes.

En consecuencia, consideramos que ello no debe estar restringido a meras cuestiones de segunda relevancia, sino a los mismísimos principios precautorio y preventivo emanados de la norma 25.675. Con lo cual se repudia el argumento

pronunciado en son de que la Ordenanza 783/16 se inscribía en un sentido contrario a la propuesta de concertación de políticas comunes, aun cuando se fundamentara en el principio de prevención.

Aunque tal vez pareciera un mero efecto secundario, la realidad es que por medio de esta sentencia el STJ de Neuquén declaró la inconstitucional una ordenanza que prohibía en todo el ejido municipal de la localidad de Vista Alegre la técnica de “fracking” petrolero por considerarla una práctica generadora de graves impactos ambientales y sociales negativos que la misma ocasiona.

Sin dudas el fallo ha marcado un precedente en el tema; pero lo ha hecho del peor modo, en total omisión de los deberes de un poder estatal que debiera bregar por la preservación de los derechos fundamentales, y con ello el hábitat natural como bien jurídicamente tutelado.

V. Conclusiones

La reforma constitucional argentina de 1994 fue la encargada de incorporar una serie de nuevas garantías relacionadas con el derecho a gozar de un ambiente sano y la preservación de recursos naturales. A partir de ello, el art. 41° consagró el derecho de toda persona a un ambiente sano y equilibrado e impuso además a las autoridades estatales la obligación de proveer a éste derecho mediante el establecimiento de criterios firmes para el reparto de competencias legislativas ambientales.

Esto llevaría entonces a que muchas autoridades provinciales se involucraran con las necesidades ambientales y fomentaran una actividad legislativa encaminada a suplir las falencias de un sistema carente de tratamiento exclusivo de ciertas materias relacionadas con las actividades económicas más importantes de la región. Sin embargo, este hecho llevaría al raudo surgimiento de un conflicto de laguna axiológica reconocido certeramente por la actora.

A su turno, la justicia se vería entonces en el deber de ponderar los elementos en crisis, llegando a lo que sería una resolución radicalmente opuesta a los principios ambientales que se constituyen como rectores en la materia. Lo así decidido se pone de relieve en este marco de análisis y estudio jurídico, y nos lleva como ciudadanos a criticar

el actuar negligente de una justicia demasiado impregnada por intereses económicos y políticos que se manifiesta con escasos valores atinentes al mandato constitucional.

Desde mi humilde lugar, me veo en el deber de repudiar de modo contundente lo sentenciado en autos. La traducción de lo que pareciera una simple sentencia que responde a un desenvolvimiento procesal típico, ha perdido al menos de vista, todo sesgo de humanidad y proteccionismo ambiental.

Como ciudadano neuquino, y como habitante de este país, me detengo entonces a pensar ¿Dónde han quedado olvidados los principios precautorio y preventivo previstos en el art. 4 de la ley general del ambiente? ¿Dónde han quedado tantos antecedentes jurisprudenciales –como el referido caso Barrick – que hacen hincapié en el cuidado ambiental y su deber de preservación oportuna?

Creo que la respuesta a estos interrogantes no guarda relación alguna con lo hasta aquí analizado, no es responsabilidad doctrinaria, legislativa, ni jurisprudencial: esto responde a intereses políticos, y a ellos remito exclusivamente la responsabilidad de un decisorio envuelto en una problemática jurídica de laguna axiológica que ha ponderado las normas en juego en total omisión de los principios precautorio, preventivo y de progresividad.

Desde nuestra postura entonces, bregamos por una justicia sólida en materia de principios ambientales; una justicia oportuna y enfocada en la preservación ambiental. El derecho ambiental ha comenzado a dar sus frutos, pero ello no debe colocarnos en el cómodo lugar de espectadores ajenos a esta realidad que nos involucra como seres habitantes de este entorno natural, pero por sobre todo como individuos responsables de las generaciones por venir.

VI. Referencias

A) Legislación

Constitución de Neuquén, (2006). Boletín oficial de la República Argentina, Argentina, 17 de febrero de 2006. *Jusneuquen*. Recuperado el 27 de 08 de 2020, de <http://www.jusneuquen.gov.ar/constitucion-de-neuquen/>

Ley N° 24.430, (1994). Constitución Nacional Argentina. Boletín oficial de la República Argentina, Argentina, 14 de diciembre de 1994. *Infoleg*. Recuperado el 07 de 09

de 2020, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Ley N° 25.675, (2002). Política Ambiental Nacional - Ley General del Ambiente. Boletín oficial de la República Argentina, Argentina, 06 de noviembre de 2002. *Infoleg*. Recuperado el 27 de 08 de 2020, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>

B) Doctrina

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (2012). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: ed. Astrea.

Alexy, R. (1993). Teoría de los Derechos fundamentales. *El Derecho y la Justicia*, pp. 241-246.

Arcocha, C. E. (2007). *Tratado de Derecho Ambiental*. Rosario: ed. Nova Tesis.

Cafferatta, N. (18 de noviembre de 2016). Orden Público. Derecho Ambiental. Medio ambiente. Unificación Civil y Comercial. Constitución Nacional. Derechos constitucionales. Recuperado el 10 de 10 de 2020, de Pensamiento civil: <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/2514-orden-publico-derecho-ambiental-medio-ambiente-unificacion-civil-y>

Cueto Rúa, J. C. (1998). La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación. *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, pp. 111-120.

Esain, J. (2010). El concepto de ambiente. En A. Herrera, *Ambiente sustentable*. Buenos Aires: Orientación Gráfica Editoria.

Estrada Vélez, S. (2011). La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, pp. 41-76.

García, E. d. (2018). El medio ambiente sano: La Consolidación de un Derecho. *Rev. Boliv. de Derecho* N° 25, pp. 550-569.

López Alfonsín, M. A. (2009). Derecho Ambiental Constitucional. *Revista de Derecho Público, Derecho Ambiental*, p. 9.

- Monge, N. L. (2012). Cuestiones de interpretación Jurídica en la CSJN entre los años 2001-2003. *Revista Perspectivas de las ciencias Económicas y Jurídicas*, pp. 131-143.
- Nonna, S. (2017). La protección del ambiente. Esquema Constitucional y de Presupuestos mínimos en Argentina. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 14*, pp. 39-68.
- Novo Villaverde, M. (2003). El desarrollo sostenible: sus implicaciones en los procesos de cambio. *Revista Latinoamericana Polis*, pp. 1-21.
- Pahlen, R., & Campo, A. M. (2008). Doctrina y contaminación ambiental. *Revista Contabilidad y auditoría*, pp. 75-99.
- Sabsay, D., & Onaindia, J. (2000). *La Constitución de los argentinos*. Buenos Aires: ed. Errepar.
- Sánchez, F. (2005). Bases conceptuales para la elaboración de una nueva agenda sobre los recursos naturales. *Revista Recursos Naturales e Infraestructura*, pp. 1-60.

C) Jurisprudencia

- CSJ Bs.A., (2002). "COPETRO S.A. c/ Municipalidad de Ensenada s/ Inconstitucionalidad", Fallo:FA02011431.
- CSJN, (2019). "Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallo: FA19000057. Recuperado el 15 de 10 de 2020, de <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJS.P.html?idDocumento=6930872&cache=1563814399523>
- SCJ Neuquén, (2017). "Fiscalía de Estado de la Provincia de Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad", Exp.:6840.

VII. Anexo sentencia analizada

ACUERDO N° 8 .- En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintidós días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia de su titular Doctor ALFREDO ELOSU LARUMBE , integrado por los Sres. Vocales Doctores OSCAR E. MASSEI, EVALDO DARÍO MOYA y MARIA SOLEDAD GENNARI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora LUISA A. BERMUDEZ , para dictar sentencia en los autos caratulados: **FISCALIA DE ESTADO DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN C/MUNICIPALIDAD DE VISTA ALEGRE**

S/ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD , Expte. N° 6840/2017 , en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme el orden de votación oportunamente fijado, el Doctor EVALDO DARIO MOYA dijo: I.- A fojas 34/49 se presenta el Sr. Fiscal de Estado de la Provincia del Neuquén y, en los términos del artículo 241 inc. a) de la Constitución Provincial y la Ley 2130, promueve acción de inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 783/16, dictada por el Concejo Deliberante de la Municipalidad de Vista Alegre, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia N° 3562 el día 17 de febrero de 2017.

Luego de explayarse respecto a los requisitos de admisión, hace referencia a los preceptos de la Constitución Provincial que considera vulnerados, mencionando expresamente a los arts. 8, 16, 24, 90/93, 95/99, 189 inc. 29 y 271.

Considera que la Ordenanza 783/16 importa un exceso en el ejercicio de las facultades que la Constitución Provincial reconoce en cabeza de los Municipios, en especial, al intentar reglamentar el aprovechamiento de las fuentes de energía.

Transcribe los considerandos de la Ordenanza cuestionada, los que no comparte, en tanto dan por sentado que el método de extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica –o no convencional- es una actividad peligrosa para los individuos y las comunidades, siendo sus riesgos la existencia de terremotos, efectos nocivos en el agua, aire, agricultura, salud, seguridad pública, valor de los terrenos, estabilidad del clima y vitalidad de la economía.

Explica qué son los hidrocarburos, así como qué se entiende por yacimiento convencional y no convencional y cuáles son los métodos extractivos actualmente vigentes. Cita y transcribe un artículo publicado en la página web de YPF, suscripto por Ernesto Gallegos, titulado Independencia energética.

Continúa mencionando que conforme lo estipulado en los artículos 24, 95, 96, 97, 98 y 99 de la Címera local, todo lo concerniente al dominio, jurisdicción, regulación de todos los aspectos relacionado con los recursos naturales que se encuentran en territorio provincial –entre los cuales se encuentran los hidrocarburos- son de competencia exclusiva de la Provincia del Neuquén, no estando prevista la posibilidad de que los municipios legislen sobre el tópico.

Afirma que la Ordenanza en cuestión afecta el derecho de propiedad de la Provincia del Neuquén, ya que le impide disponer de su dominio exclusivo.

Señala que tampoco la Ley 53 –aplicable a los Municipios de segunda categoría como el demandado- les otorga la posibilidad de legislar en materia hidrocarburífera.

Refuta el argumento expresado en los considerandos de la Ordenanza 783/16 en la que refiere –como fundamento de la prohibición dispuesta- que el artículo 273 inc. a) de la Constitución Provincial reconoce a los Municipios la atribución de legislar sobre el uso de calles y del subsuelo, afirmando que dicho articulado sólo refiere al uso del subsuelo pero que el dominio y jurisdicción de los recursos naturales –entre ellos, los hidrocarburos- pertenece a la Provincia del Neuquén, conforme lo estipula el artículo 95 de la C.P.

Indica que la prohibición dispuesta por el Municipio demandado impide la realización del mandato constitucional previsto en el artículo 99, que determina que el destino de las utilidades provenientes de la explotación de hidrocarburos es la realización de obras productivas de beneficio permanente para la Provincia del Neuquén en general y que favorezcan en especial a la región de la extracción –para el caso, la comuna de Vista Alegre-.

A continuación desarrolla su argumentación desde el eje ambiental, para lo cual refiere al federalismo y su dinámica en la relación entre Provincia y Municipio.

Explica que la Carta Magna provincial regula el régimen municipal en sus artículos 270 a 299, previendo tres categorías de Municipios, perteneciendo la Comuna de Vista Alegre a la segunda categoría y por ende, tal como lo dispone el artículo 281, se rige por la Ley Orgánica que dicte la Legislatura Provincial, que para el caso, es la Ley 53.

Advierte que, si bien el artículo 271 de la C.P. estipula que los municipios son autónomos en el ejercicio de sus atribuciones y sus resoluciones no pueden ser revocadas por otra autoridad, ello sólo tiene efecto mientras se encuentren dentro de la esfera de sus facultades, reconocidas y reglamentadas por la propia Constitución Provincial y la Ley Orgánica.

Dice que frente a ello, el artículo 273 de la C.P. prevé las atribuciones comunes a todos los municipios, entre las que se encuentra darse su propia organización legal y libre funcionamiento administrativo y electoral, pero siempre con arreglo a sus cartas y leyes orgánicas, lo que implica que no todos los municipios tienen similares prerrogativas.

Concluye que, en definitiva, las Provincias son las encargadas de diseñar los alcances y contenidos de la autonomía municipal teniendo en cuenta las particularidades locales propias y asegurando las facultades necesarias para su funcionamiento.

Manifiesta que una vez reglada la autonomía municipal en la Constitución Provincial y en las normas complementarias dictadas por la Legislatura Provincial, a los municipios sólo les cabe ejercerla sin injerencias avasallantes de la Provincia, pero respetando los límites impuestos por el principio de supremacía que ostentan las normas provinciales.

Señala que la Ordenanza atacada que pretende prohibir la utilización de la técnica de fractura hidráulica o fracking en la exploración o explotación de los yacimientos hidrocarburíferos por los posibles impactos ambientales que se producirían, evidencia que el municipio cree que tiene injerencia exclusiva en materia ambiental dentro de su territorio.

Ello importa, a su entender, un desconocimiento de las cláusulas constitucionales que se ocupan de la temática, tales como los artículos 90, 92, 93 y 189 inc. 29 que transcribe.

Dice que allí se evidencia que el constituyente ha querido que sea la Provincia del Neuquén la que en forma primaria dicte las normas tendientes a la protección del ambiente de aplicación en todo su territorio, reconociendo a los municipios también el dictado de aquellas que sean necesarias de acuerdo a sus competencias.

Prosigue afirmando que las Municipalidades no tienen competencia constitucional para legislar en materia de hidrocarburos, la que pertenece en forma exclusiva a la Provincia del Neuquén. De ello deduce que tampoco tienen competencia en lo referente a la cuestión ambiental-hidrocarburífera.

En esa línea de razonamiento, cuestiona que el artículo 4 de la Ordenanza designe como autoridad de control y aplicación a la Dirección de Producción, Turismo y Medio Ambiente de la Municipalidad de Vista Alegre descalificando las competencias y facultades que en el tema ambiental hidrocarburífero se le asignó a la Subsecretaría de Ambiente -Ex Secretaría de Estado de Ambiente- de la Provincia del Neuquén, la que en su calidad de tal ha dictado diversas resoluciones y disposiciones relativas al control y fiscalización de la actividad hidrocarburífera.

En particular refiere a las normas que la Provincia ha dictado en protección del ambiente en general, y respecto de la exploración y explotación de los yacimientos convencionales y no convencionales, en particular.

Así alude a la Ley 1875 que regula la materia ambiental en general, donde se establecen los principios rectores para la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, con el fin de lograr y mantener una óptima calidad de vida de sus habitantes.

Menciona que la ley establece la obligatoriedad para todo proyecto y obra que por su envergadura o características pueda alterar el medio ambiente, de contar, previo a su desarrollo, con la Declaración de Impacto Ambiental y su correspondiente Plan de Gestión Ambiental aprobado por la autoridad de aplicación.

Señala que el Decreto Reglamentario de la Ley 2656/99 –modificado por los Decretos 1483/12, 1485/12, 422/13 y 2263/15- contempla en sus Anexos las normas que reglamentan aspectos de la ley en general, y algunos de especial aplicación a la actividad hidrocarburífera. A modo de ejemplo, menciona que el Anexo I establece el procedimiento para la Evaluación de Impacto Ambiental; el Anexo II proporciona los Formularios guía utilizables para diferentes trámites, entre ellos, la presentación de proyecto, el que determina los contenidos mínimos del Informe Ambiental y los del Estudio Ambiental; los Anexos IV y V contienen los listados no taxativos de actividades –entre ellas, la hidrocarburífera- que deben presentar los Informes Ambientales o Estudios de Impacto Ambiental y la obtención de la correspondiente Licencia Ambiental de los proyectos presentados ante la autoridad de aplicación; el Anexo VII establece normas y procedimientos para regular la protección ambiental durante las operaciones de exploración y explotación de hidrocarburos; el Anexo XV establece la obligatoriedad, para las industrias, de contar con sistemas de tratamiento de efluentes industriales, que deberán ser aprobados por la Secretaría de Estado de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Indica que la Provincia ha dictado el Decreto 1483/12 incorporado como anexo XVI a la Ley 1875, que específicamente aprueba las Normas y procedimientos para exploración y explotación de reservorios no convencionales.

Relata que allí se prevé la obligatoriedad de la obtención de Licencia Ambiental (previa evaluación de los impactos ambientales) y faculta a la Autoridad de Aplicación a solicitar, cuando lo crea conveniente, un Análisis de Riesgo Ambiental. Fija el régimen de prohibiciones y la necesidad de autorización para el uso de agua acorde a la Ley 899 (Código de Aguas). Prohíbe la utilización de agua subterránea con aptitud para consumo humano e irrigación. Se establece la obligatoriedad de declarar la composición química de los fluidos utilizados, de analizar el agua de flowback, así como de tratar la totalidad de ésta, se prohíbe su vertido a cursos de agua superficiales y se autorizan sólo tres posibilidades de uso: re-uso en la actividad hidrocarburífera, en proyectos de riego asociados a proyectos productivos o de recomposición ambiental de las áreas intervenidas o inyección en pozos sumideros.

Asimismo, trae a colación lo prescripto por las Leyes específicas Nro. 2175 –emisiones gaseosas procedentes de la actividad hidrocarburífera-; 2183 –indemnizaciones a los superficiarios y constitución de servidumbres hidrocarburíferas-; 2600 –resguardo y protección ambiental en el ámbito de las actividades hidrocarburíferas-; 2615 –renegociación de las Concesiones Hidrocarburíferas; 2666 –implementación del sistema de locación seca, control de sólidos y tratamiento de lodos y cutting en plantas adecuadas para ello; y la Ley 2735, modificatoria de la Ley 2600.

En apoyo de su postura cita precedentes de este Tribunal Superior de Justicia, donde se analizaron cautelarmente las competencias ambientales de los Municipios en materia hidrocarburífera, resolviéndose la suspensión de la vigencia de una Ordenanza Municipal (R.I. 6981/09 in re Petrobras), así como también un fallo del Tribunal Superior de Río Negro, recaído en una causa análoga suscitada entre la Municipalidad de Allen y la

Provincia, donde se resolvió la inconstitucionalidad de la Ordenanza Nro. 046/2013 que disponía la prohibición de utilización del método de fractura hidráulica o fracking y/o estimulación hidráulica en el ejido municipal, por ausencia de competencia.

En el marco de esta acción, solicita el dictado de una medida precauteladora, y hasta tanto se resuelva la cautelar de suspensión de la vigencia de la Ordenanza atacada, la que también peticiona.

Ofrece prueba, funda en derecho y formula petitorio.

II.- Mediante R.I. Nro. 4/2017 se decreta en forma precauteladora la suspensión de la vigencia de la Ordenanza Nro. 783/16 hasta tanto se sustancie la cautela peticionada. Posteriormente, corrido el pertinente traslado y previo dictamen Fiscal (fs. 102/110), se confirma, con carácter cautelar, la suspensión dispuesta anteriormente, declarándose la admisión formal de la acción (cfr. R.I. Nro. 7/2017).

A fs. 137/141 se presentan Hugo Edgardo Olivera –Concejal de Vista Alegre- y Milton Elías López –vecino de Vista Alegre-, con patrocinio letrado, solicitando ser tenidos por parte y contestan demanda.

Sin embargo, intimados que fueron a adjuntar copias de traslado bajo apercibimiento previsto en el art. 120 del CPCyC, no dieron cumplimiento, por lo que se tuvo a la presentación de fs. 137/141 por no efectuada.

III.- Corrido el pertinente traslado de la acción intentada, a fs. 147/149 contesta demanda la Municipalidad de Vista Alegre, por apoderado.

Luego de realizar las negativas de rigor, defiende la legalidad de la Ordenanza Municipal. Afirma que la normativa fue dictada dentro de la competencia y facultades otorgadas por la Carta Magna a la comuna, y que estuvo motivada en la inquietud evidenciada por los vecinos de la localidad con relación a los movimientos de suelo en la zona de Ruca Luhe, por potenciales daños ambientales a consecuencia de la práctica del fracking en el lugar. Explica que frente a la preocupación de los habitantes de la comuna respecto a los eventuales daños ambientales que pudieran generarse como consecuencia de la explotación de los yacimientos no convencionales mediante la técnica de la fractura hidráulica, los concejales decidieron sancionar la Ordenanza hoy impugnada, basándose en estudios ambientales.

Alega que la prevención en que se funda la norma tiene su sustento no sólo en normas constitucionales, sino también convencionales receptadas en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Indica que es deber de los ediles propiciar un desarrollo sustentable en pos de las generaciones venideras, y ello motivó el dictado de la normativa, votada por unanimidad con la finalidad de evitar daños ambientales irreparables a futuro.

Insiste en la competencia de la comuna para sancionar esta legislación ya que, asegura, puede controlar toda industria lícita que se realice dentro del ejido municipal y más aún si la actividad conlleva riesgos ambientales.

Ofrece prueba y formula petitorio.

IV. - A fs. 151/162 obra dictamen Fiscal, el que propicia hacer lugar a la demanda declarando la inconstitucionalidad de la Ordenanza 783/16, con los efectos previstos en el artículo 16 de la Constitución Provincial, debiendo ordenar la pertinente publicación en el Boletín Oficial.

V.- A fs. 163 se dicta el llamado de autos, el que es suspendido a fs. 164 y reanudado a fs. 168. Encontrándose a la fecha firme y consentido, coloca a estas actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VI. - De la lectura de los escritos constitutivos de la litis surge que, la cuestión constitucional planteada se circunscribe a determinar el alcance de las competencias que en materia ambiental tienen los municipios, específicamente cuando se refiere a la exploración y explotación de hidrocarburos dentro del ejido urbano.

En este sentido, el Sr. Fiscal de Estado estima que la Ordenanza 783/16 ha sido dictada por el Municipio de Vista Alegre en un claro exceso de las competencias que la Constitución Provincial y la Ley 53 (Ley Orgánica de las Municipalidades, art. 281 C.P.), acuerda a los Municipios en general y los de segunda categoría en especial (Art. 273 C.P.). Su postura se apoya, principalmente, en las previsiones constitucionales de los artículos 90, 92 y 189 inc. 29 de la C.P. que estima vulneradas. Interpreta que tales cláusulas reconocen exclusividad en la regulación de la temática a la Provincia lo que implica excluir a las comunas.

Por su parte, la comuna reivindica las facultades de regulación en materia ambiental respecto de aquellas actividades que se desarrollen en su ejido –para el caso, la exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales mediante la técnica del fracking-, apelando al principio precautorio a fin de evitar daños ambientales y fundados en la atribución de dictar la legislación que involucre el uso de calles y del subsuelo y la salud pública (art. 273 inc. a de la C.P.), así como las disposiciones sobre ambiente existentes en la Constitución Nacional (art. 41) y las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos previstas en el artículo 75 inc. 22 de la C.N. (cfr. considerandos de la Ordenanza 783/16).

VII.- Este Tribunal –aunque en distinta composición- ha tenido oportunidad de expedirse sobre el tópico en la causa: Y.P.F. S.A. c/Municipalidad De Rincón De Los Sauces s/Acción de Inconstitucionalidad Expte. N° 2713/09 (Ac. 2/14), donde también se debatió sobre el alcance de las facultades municipales para establecer métodos preventivos en el cuidado del ambiente durante las tareas de exploración y explotación de hidrocarburos, con un régimen sancionatorio especial en caso de infracciones, coincidente con aquél previsto por la autoridad de aplicación provincial, de suerte que nos enfrentábamos a una superposición normativa emanada de dos órdenes políticos diferentes y con dos autoridades de aplicación disímiles, la provincial y la municipal.

Allí este Cuerpo tuvo oportunidad de analizar exhaustivamente la compleja trama del diseño constitucional de competencias provinciales y municipales en materia ambiental y recursos naturales, por lo que sus conclusiones son plenamente aplicables a la especie. En particular, se expresó que ... la dinámica de la relación entre provincia y municipio en el marco del federalismo en la cual se encuentran insertas, proyecta sus efectos en la gestión de los intereses comunes a ambos centros de poder.

La existencia de competencias en ambos órdenes de gobierno y su distribución debe hallarse perfilada, en mayor o menor medida, en las constituciones provinciales, única fuente primigenia de prerrogativas municipales y que conforma la manera en que se consolidan las relaciones de subordinación y de unión de los diversos entes comunales que se integran en la realidad provincial.

Con cita de Castorina de Tarquini se resaltó que: Coordinar implica compartir la responsabilidad en el logro de objetivos que simultáneamente son provinciales o locales, y también en algunos casos, nacionales. Así, es a través de la coordinación que se logra hacer de los municipios eficaces instrumentos de gobierno local y provincial, teniendo para el cumplimiento de tales objetivos los siguientes mecanismos:

a) en primer lugar, citamos a los convenios como la herramienta jurídica apropiada para tal fin cuando los textos constitucionales resultan insuficientes. Así ha sido entendido

modernamente, de ahí que en las últimas constituciones aparece como atribución municipal aunque con matices, la de suscribir convenios, en la esfera de su competencia, con entes municipales o provinciales, nacionales y en algunos casos extranjeros (...).

b) Además se destaca como otro mecanismo que favorece las relaciones de coordinación, la especial referencia que aparece en algunas constituciones provinciales a la cooperación (...). (aut. cit, opus cit.)

Es decir que, en estas relaciones provinciales-municipales se vislumbra una evolución similar a la existente a nivel nacional donde, al analizar la dinámica del régimen federal, el acento no se pone en la asignación de competencias a cada centro de poder sino en la articulación de políticas que tiendan a dar respuesta a intereses comunes, a través de la concertación.

En ese contexto, se citó el precedente Etcheverry (Acuerdo 1532/08 del Registro de esta Secretaría) en cuanto destacó que el federalismo de concertación (receptado expresamente por la Convención Constituyente de 2006, en el artículo 8, ya transcripto) supone una fórmula superadora del clásico reparto de competencias propio del sistema federal; implica acentuar que el estado debe funcionar como un sistema articulado en diferentes niveles, pero que debe actuar mediante un proceso político concertado, flexible, abierto y democrático, posibilitando que se alcance un mismo fin, el bien común.

Para luego concluir que ... es en la gestión de las políticas ambientales en donde más se patentiza esta armonización de intereses entre los diversos entes de descentralización política. Como dice Gelli En materia ambiental, las acciones deben coordinarse, necesariamente. (cfr. Gelli, María Angélica, Competencia nacional, provincial y municipal en materia de poder de policía, en Servicio Público, Policía y Fomento Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Bs. As. Ed. Rap. 2003, pág. 652).

Luego, se analizó el derecho público local donde se destacó que ... La mayor o menor amplitud de la autonomía municipal reconocida por la Provincia a nivel organizacional, proyecta sus efectos sobre las competencias que están llamados a ejercer los municipios en sus aspectos internos y sobre las relaciones que, en virtud del federalismo, surgen entre éstos y la Provincia a la cual pertenecen.

Y, si bien no existe una cláusula que defina con precisión y de manera general el criterio de distribución de las competencias entre la Provincia y los Municipios puede afirmarse que, en este punto, se opera una inversión del principio que rige en el orden nacional (aRt. 121 Constitución Nacional).

Esta diferencia fundamental se proyecta también sobre los alcances de las competencias de cada uno y sirve como pauta fundamental para encauzar la interpretación frente al conflicto o tensión existente entre ambos órdenes de poder, cuando los mecanismos de concertación, convergencia y coordinación hayan sido soslayados.

Respecto a la cuestión en particular, se dijo que: ... la Constitución Provincial reconoce que: Los municipios son autónomos en el ejercicio de sus atribuciones y sus resoluciones –dentro de la esfera de sus facultades- no pueden ser revocadas por otra autoridad. (art. 271 Constitución Provincial).

Asimismo, prevé un mecanismo propio del federalismo de concertación al atribuirles la facultad de celebrar acuerdos con la Provincia, el Gobierno Federal u organismos descentralizados para el ejercicio coordinado de facultades concurrentes e intereses comunes (art. 273 inc. m) Constitución Provincial).

Este mecanismo de cooperación y concertación es la clave para el ejercicio de las competencias ambientales, previstas constitucionalmente en el Título II, capítulo I Ambiente y Recursos Naturales, introducido en la reforma de 2006.

Allí, la Constitución Provincial, en su artículo 92 prevé: Corresponde a la Provincia el dictado de normas ambientales complementarias de las nacionales y de protección ambiental, de aplicación a todo su territorio, pudiendo los municipios dictar normas pertinentes de acuerdo a sus competencias . (...) (el subrayado me pertenece).

En el proyecto original del bloque del Movimiento Popular Neuquino, en la parte pertinente, decía: Corresponde a la Provincia el dictado de normas de preservación del ambiente de aplicación a todo su territorio, pudiendo los municipios dictar normas de carácter complementario. (...) (Convención Constituyente de 2006, versión taquigráfica de la Comisión de Régimen Económico, Servicios Públicos, Recursos Naturales y Medio Ambiente, reunión 5, página 5).

Luego del debate en el seno de dicha Comisión, el despacho de mayoría, finalmente consignó: Corresponde a la Provincia el dictado de normas ambientales complementarias de las nacionales, y de protección ambiental de aplicación a todo su territorio, pudiendo los municipios dictar normas pertinentes de acuerdo a sus competencias . Cabe apuntar que sobre este artículo también se contaba con el apoyo de los demás Convencionales que integraron la Comisión.

La modificación en la redacción del artículo, si bien pudiera parecer sutil, no lo es: el proyecto original reproduce la cláusula constitucional nacional: supone que los presupuestos mínimos deben ser dictados por la Provincia y los de carácter complementario, por el Municipio. Es lo que se llama una pluralidad jerárquica con complementación sustantiva: cada escala de decisión tiene competencia para regular y controlar un sector o tramo específico del tema o actividad concernido, estableciéndose una jerarquía entre los sectores o tramos aludidos, uno normativamente de nivel básico y otro de nivel complementario que tiene como única limitación, respetar a aquél (cfr. Rosatti, Horacio, Tratado de derecho municipal, Tomo I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 315).

En cambio, la redacción final del artículo 92 Constitución Provincial aludido, importa que ambos entes (Provincia y Municipio) en ejercicio de sus competencias propias pueden legislar sobre el cuidado del medio ambiente, en forma sustantiva, dejando abierta múltiples formas de colaboración entre las partes.

Para su implementación deviene fundamental la coordinación de políticas, la convergencia legislativa y la concertación de las acciones ejecutivas que cada uno debe llevar a cabo.

Del juego armónico de los artículos citados se desprende que el espíritu del constituyente ha sido en pos de la participación de los municipios en la gestión ambiental, a través de su integración en la política de cuidado del ambiente y para ello, ha puesto a su disposición mecanismos de coordinación y concertación para facilitar el trabajo conjunto sobre el tópico. (el destacado es propio).

Sobre estas bases, se principiará el análisis de la cuestión constitucional planteada.

VIII.- En cumplimiento de la cláusula ambiental de la Constitución Nacional, el Congreso Nacional sancionó la Ley General del Ambiente (L. 25.675) estableciendo los presupuestos mínimos de protección.

Por su parte, la Provincia del Neuquén dictó la Ley 1875 estableciendo los principios rectores para la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente en todo el territorio, la que fue modificada por las Leyes 1914, 2267 y 2863 y reglamentada por

el Decreto 2656/99 –modificado por los Decretos 1483/12, 1485/12, 422/13 y 2263/15- contemplando en sus Anexos las normas que reglamentan aspectos generales de la Ley 1875, siendo algunos de ellos especialmente aplicables a la actividad hidrocarburífera.

Este plexo normativo se complementa –siempre en el plano local- con la Ley 2600 (Decreto Reglamentario 1905)- Ley de aptitud ambiental para la actividad hidrocarburífera, que implementó el Certificado de Aptitud Ambiental; la Ley 2735 –modificatoria de la Ley 2600- y la Ley 2666, que implementa la aplicación del sistema de locación seca, control de sólidos y el tratamiento de lodos y cutting en plantas adecuadas para ello, por las empresas que realicen perforaciones vinculadas con la actividad hidrocarburífera y la actividad minera.

A raíz de la existencia de yacimientos no convencionales y las nuevas tecnologías para la exploración y explotación de los mismos, el Poder Ejecutivo Provincial dictó con fecha 13 de agosto de 2012, el Decreto 1483 estableciendo las Normas y Procedimientos para exploración y explotación en yacimientos no convencionales, que fuera agregado como Anexo XVI Decreto 2656/99.

En sus considerandos se aprecia la preocupación de las autoridades en reglamentar los aspectos ambientales que conlleva específicamente la actividad. Así refiere que el resguardo y conservación de los recursos hídricos constituyen una responsabilidad del Estado, debiendo extremar todas las prevenciones y medidas tendientes a asegurar su aptitud para los seres humanos, el abastecimiento a las poblaciones, la irrigación de los desarrollos productivos y la naturaleza autóctona.

Para ello establece que con la presentación de los informes ambientales de las perforaciones de pozos en reservorios convencionales y no convencionales, las operadoras deben presentar las autorizaciones de uso de agua y de vertidos de efluentes, emitidas por la Autoridad de Aplicación de la Ley 899, como requisito previo a la emisión de Licencia Ambiental ;

Aclara que las actividades que se desarrollan en una perforación no convencional, son similares a las convencionales, diferenciándose en las cantidades de uso de agua para la estimulación hidráulica de las formaciones de interés productivo;

Continúa diciendo que la Subsecretaría de Minería e Hidrocarburos o el organismo que institucionalmente le suceda, deberá tomar intervención de manera previa a la emisión de la Licencia Ambiental respectiva; Que para proteger el ambiente y tender a un desarrollo sostenible, es imprescindible que el agua de retorno de cada pozo no convencional sea tratada y acondicionada en su totalidad, para permitir su reutilización o disposición final y; Que todas las metodologías de tratamiento de agua de formación de perforaciones no convencionales (flowback), deberán ser aprobadas por la Autoridad Ambiental, antes de ser aplicadas;

En este contexto, establece las normas y procedimientos para la exploración y explotación de reservorios no convencionales, que tienen por objeto prevenir, mitigar y minimizar los impactos ambientales que puedan producirse a partir de las perforaciones no convencionales en reservorios tipo de Shale Gas, Tight Gas, Shale Oil y Tight Oil. (art.

1)

También se prevé que todos los proyectos de exploración y explotación no convencionales deberán contar con Licencia Ambiental previa a su ejecución, y en aquellos casos que la Autoridad de Aplicación crea conveniente, podrá exigirse también un análisis de riesgo ambiental. (art. 3).

El artículo 4 fija los requisitos que deberán tener los informes ambientales, conforme el procedimiento establecido en el Anexo II, Capítulo I Artículo 6 del Decreto

Reglamentario 2656/99. A su vez, el artículo 5° prescribe que cualquier modificación posterior a la emisión de la Licencia Ambiental deberá ser presentada a la Autoridad de Aplicación mediante addenda, y cumplir con el trámite establecido para la evaluación del Informe Ambiental.

Los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14 y 15 establecen las condiciones de uso, tratamiento y re-uso del agua subterránea y de aquella proveniente del retorno (flowback), disponiendo expresamente que no podrá utilizarse agua subterránea con aptitud para el abastecimiento de poblaciones ni para irrigación (art. 5° incs. a y b de la Ley 899 y su Decreto Reglamentario Nro. 790/99), así como tampoco el agua de retorno podrá ser vertida sobre cuerpos de agua superficiales o almacenada a cielo abierto.

Específicamente el artículo 12 prevé que los pozos no convencionales deberán ser diseñados de forma de optimizar la utilización de una locación apta para contener múltiples pozos, minimizando los impactos producidos por el movimiento de suelos de las mismas y de sus accesos.

A su vez, se recomienda que los permisionarios, concesionarios y/u operadores deberán minimizar el desarrollo de locación múltiple cerca de superficiarios. Si no fuera posible evitarlo se deberán minimizar los ruidos generados por las operaciones de perforación, en aquellos casos que se superen los 85 dB (decibelios) fuera de la locación.

Finalmente, establece la obligación de cada permisionario, concesionario y/u operador de presentar semestralmente ante la Subsecretaría de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Subsecretaría de Minería e Hidrocarburos –o el organismo que las reemplace-, la planificación de perforaciones no convencionales de cada área.

IX.- Como se advierte, los aspectos ambientales que conlleva la actividad de exploración y extracción de hidrocarburos no convencionales, a través de la técnica del fracking –fractura hidráulica-, han sido exhaustivamente regulados por la Provincia del Neuquén.

Como surge del precedente citado, el diseño constitucional de las competencias ambientales se inscribe claramente en el federalismo de concertación, ya que constituye una materia que es común a todos los órdenes de gobierno y necesita de una política conjunta para poder llevarse a cabo en forma efectiva.

Así lo ha postulado el constituyente nacional al introducir la cláusula ambiental de competencias concurrentes entre Nación y Provincias (art. 41 C.N.) previendo la gestión conjunta del ambiente, otorgando a la Nación la facultad de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y reservando a las provincias el dictado de las normas necesarias para complementarlas, señalando expresamente que las normas nacionales no debían alterar las jurisdicciones locales.

Por su parte, el constituyente neuquino adoptó una fórmula similar en el artículo 92 –incorporado en la reforma de 2006- que prevé: Corresponde a la Provincia el dictado de normas ambientales complementarias de las nacionales y de protección ambiental, de aplicación a todo su territorio, pudiendo lo municipios dictar normas pertinentes de acuerdo a sus competencias.

Para la plena operatividad de esta cláusula debe considerarse su integración con aquella que concede como atribuciones de los Municipios, la facultad de Celebrar acuerdos con la Provincia, el Gobierno Federal u organismos descentralizados para el ejercicio coordinado de facultades concurrentes e intereses comunes (art. 273 inc. m) de la C.P.).

Así lo ha reconocido este Tribunal en el precedente citado, donde se expresó que ... las normas del derecho público provincial y municipal han previsto un sistema compuesto por un conjunto de elementos que facilita la interrelación entre los órdenes nacionales, provinciales y municipales en todas las materias y, principalmente, en los aspectos

relativos al medio ambiente o desarrollo sustentable, fomentando un verdadero federalismo de concertación que permita la coexistencia armónica de estos tres órdenes en pos del cumplimiento de cada una de sus competencias. Es indudable que el ejercicio de facultades concurrentes por parte de los sujetos involucrados impone la convergencia legislativa a fin de unificar las políticas y economizar las acciones, evitando los conflictos entre las diversas jurisdicciones y resguardando los derechos de los ciudadanos. (Ac. 2/14)

Y si bien el ejercicio amplio de la competencia legislativa ambiental por parte de la Provincia no excluye de plano la posibilidad de que las comunas regulen algunos aspectos de la materia siempre que sea en el ámbito de sus competencias (art. 92 C.P.) - acordadas por la Constitución Provincial, sus Cartas Orgánicas o, la Ley Orgánica de Municipalidades (L. 53)-, debe procurarse la concertación de las políticas como forma de estructurar las soluciones a problemas comunes.

En este contexto, la regulación comunal de los aspectos ambientales puede estar referida al monitoreo y control de los aspectos delegados por la Provincia –como vgr. sucede en los casos de adhesión a la Ley 2600-, como así también a aspectos sustanciales de la materia que hacen a la preservación, prevención, protección y conservación del ambiente, pero siempre formuladas en un espacio de diálogo y acuerdos conjuntos que fortalezcan la relación provincia-municipio en procura de una mejor y más amplia tutela del ambiente.

Pigretti destaca que la competencia para legislar en materia ambiental está depositada, de manera prioritaria, en los municipios y provincias. De allí que así como para las provincias los presupuestos mínimos nacionales son una norma umbral o básica también lo ha de ser para los municipios; es ésta la única manera de que el sistema cobre coherencia y unidad (cfr. Pigretti, Eduardo Derecho Ambiental Profundizado La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 31).

En igual línea se inscribe el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires in re Copetro S.A. c/Municipalidad de Ensenada al expresar que: Ahora las provincias pueden complementarla como, asimismo, según hemos visto los municipios y aun aumentar las condiciones impuestas por la Nación pero nunca deben ser menores ni oponerse a ellos (Ac. 20/03/2002 BO, DJJ, Boletín 26/09/02, año LXI, T 163 Nro. 1304). Por su parte Falbo explica que la eficacia y aplicación de los PMA (presupuestos mínimos ambientales) nacionales no agota su eficacia en el plano provincial, no se reduce al ámbito de la provincia, también involucra a los municipios, donde operan plenamente en cada procedimiento administrativo municipal que contemple cuestiones ambientales reconociendo que los municipios se hallan habilitados para complementar esas normas nacionales (Falbo, Anibal J. Derecho Ambiental, Librería Editora Platense, La Plata, 2009, pág.121).

Demás está decir que esta convergencia legislativa propiciada por el constituyente para la gestión y protección del ambiente, debe propiciar la economía administrativa y legislativa, así como tender a la unidad de fines, para lo cual ni el orden local ni el provincial pueden comportarse como estructuras cerradas sino abiertas, de modo que confluyan a un logro común a ambos en beneficio de la ciudadanía.

Desde esta perspectiva, la Ordenanza 783/16 se inscribe en un sentido contrario a la propuesta de concertación de políticas comunes, aun cuando se fundamente en el principio de prevención (ver considerandos).

Si la Provincia del Neuquén ha regulado exhaustivamente los aspectos ambientales que conlleva la práctica de la fractura hidráulica o estimulación hidráulica para la extracción

y exploración de yacimientos no convencionales en el territorio provincial, aparece como contradictorio la prohibición de utilización de tal técnica en el ejido de la comuna demandada, sin que ello forme parte de una decisión concertada con la Provincia.

A esta interpretación restrictiva de validez de las normativas dictadas fuera del marco de la concertación cabe sumarle que, en el caso, aun cuando la fundamentación de la prohibición se apoya en principios ambientales confluyen en ella aspectos de la actividad hidrocarburífera cuya regulación en principio corresponde a la Provincia, siendo una materia per se excluida de la jurisdicción comunal (art. 124 C.N., arts. 95, 96, 97, 98 y 99 de la C.P., Ley 26.197, entre otras).

Todas estas consideraciones confluyen en la inconstitucionalidad de la Ordenanza 783/16 atacada, en tanto vulnera las expresas formulaciones previstas en los artículos 92 y 189 inc. 29 de la Constitución Provincial, escapando a las competencias reconocidas a las comunas en la gestión y protección del ambiente.

Esto no importa vaciar de contenido las facultades regulatorias que en materia ambiental tienen las comunas, sino resaltar que la búsqueda de soluciones a los problemas ambientales no puede realizarse mediante la oposición o confrontación normativa, sino a través del diálogo y el acuerdo de políticas conjuntas que atiendan las necesidades e intereses comunes a la ciudadanía.

Al respecto, este Tribunal ha expresado que: ... frente a la ausencia de utilización de los mecanismos de concertación previstos constitucionalmente, orientados a fomentar una adecuada participación de las comunas en la gestión conjunta de la materia ambiental, la coordinación de políticas afines y la promoción de la cooperación en la materia, cabe exhortar a los órganos legislativos provinciales y comunales, así como a los respectivos poderes Ejecutivos a recurrir a los mecanismos institucionalmente previstos en la Constitución Provincial y la Carta Orgánica citada para lograr la tan requerida convergencia propia de la dinámica federal.

No puede desconocerse que la propia naturaleza de la materia en discusión demanda la concertación de políticas afines y la ejecución conjunta de medidas de acción que tiendan a la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente.

Y en esta tarea los Municipios no pueden permanecer ajenos, ya que son directos involucrados en la gestión ambiental por la proximidad que presentan con los problemas que puedan suscitarse en su área inmediata, lo que permite una pronta detección frente al daño ambiental y una mayor eficacia en la ejecución y control de las medidas preventivas, conservatorias y reparadoras del ambiente. (Ac. 2/14).

En virtud de ello, corresponde acoger la pretensión de declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 783/16, en tanto transgrede el régimen de competencias de la Constitución Provincial (arts. 92 y 189 inc. 29 de la Constitución Provincial) y vulnera los principios que cimientan el régimen federal.

X.- En cuanto a las costas, estimo que la naturaleza de la cuestión debatida y lo complejo de su análisis pudieron dar lugar a ambos litigantes a creerse con derecho a sostener sus posturas, propongo que las mismas sean soportadas en el orden causado. ASI VOTO.

La Señora Vocal Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Moya, por lo que emito mi voto en idéntico sentido. MI VOTO.

El Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: adhiero a la postura sustentada por el Señor Vocal que ha votado en primer término, por lo que emito mi voto en igual sentido. MI VOTO.

El Señor Presidente Doctor ALFREDO ELOSÚ LARUMBE dijo: por adherir al criterio del Dr. Moya es que voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, encontrándose ya integrado el Cuerpo con un número que satisface el mínimo legalmente exigido para fallar (cfr. R.I. Nro. 23/15), habiéndose dado intervención al señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE : 1°) DECLARAR la inconstitucionalidad, en los términos del segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución Provincial, de la Ordenanza N° 783/16, sancionada por el Honorable Concejo Deliberante de Vista Alegre, la cual quedará abrogada a partir de la publicación de la presente sentencia en el Boletín Oficial (artículo 10 de la Ley 2130); 2°) Determinar que las costas sean soportadas en el orden causado (artículo 68 segunda parte del CPCyC, de aplicación supletoria); 3°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Con lo que se dio por finalizado el Acto, que previa lectura y ratificación, firman los Magistrados presentes por ante la Actuaría que certifica.